„Ist der Bürge berechtigt und verpflichtet, sich bei der Zahlung die vom Schuldner bestellten Pfänder herausgeben zu lassen?“

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Fritz Klein.

Arnsberg
Druck der Steinschen Buchdruckerei
(Inh.: Theod. Pöpperling)
1902.

Disposition.

Einleitung:

Kurze Angabe des Ganges der Arbeit.

Abhandlung:

I. § 1. Für die Berechtigung ist ebenso wie für die Verpflichtung gleichgültig:
   1) Die Art des bestellten Pfandrechtes,
   2) Die Zeit der Bestellung desselben.

II. Ist der Bürge berechtigt, sich bei der Zahlung das vom Schuldner bestellte Pfand herausgeben zu lassen?
   § 2. 1) Das beneficium cedendarum actionum.
   § 3. 2) Die Ausnahmen von dem beneficium.
   § 4. 3) Auf Grund der accessorischen Natur des Pfandrechtes erwirbt der Bürge dieses Recht mit dem Übergang der Forderung.
   § 5. 4) Damit entsteht die Berechtigung des Bürgen, sich das Pfand herausgeben zu lassen.
   § 6. 5) Trotz dieses Anspruches steht dem Gläubiger ein Retentionsrecht zu.
      a) Ratio legis der l. 2 C. 8,40.
      b) Consequenzen.
   § 7. 6) Herausgabeanspruch des Bürgen nach der Zahlung.

III. Ist der Bürge verpflichtet, sich bei der Zahlung die Pfänder herausgeben zu lassen?
   § 8. 1) Dem Cedenten,
   § 9. 2) dem Rückbürgen und zwar wenn
      a. Verpfänder und Hauptschuldner identisch sind, und
         a. die Pfänder im Besitze dieser Person,
         b. wenn sie im Besitze Dritter sind.
      b. Verpfänder und Hauptschuldner verschiedene Personen sind.
   § 10. 3) Als Beauftragter,
   § 11. 4) als Geschäftsführer ohne Auftrag.

Benutzte Litteratur.

Arndts, Pandekten, 6. Auflage.
Baron, Pandekten, 8. Auflage.
Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche.
Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Brockhues, Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Inaug.-Diss.
Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Greifswald 1899. Inaug. Diss.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. u. 2. Auflage.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl.
„ Pandekten, 5. Aufl.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl., 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes.
Gierke, Der Entwurf.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht.
Hagemeister, Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum.
Hasenbalg, Die Bürgschaft.
Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reichs. Inaug.-Diss.
Keil, Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum nach gemeinem und preußischem Rechte. Halle 1880.
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, I. Teil 3. Aufl. II. Teil 1. u. 2. Aufl.
Motive zum Entwurfe eines B. G. B.
Plank, Kommentar z. B. G. B.
Puchta, Vorlesungen.
Mühlenbruch, Die Lehre der Cession.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B.
La Roche, Der Regreß des Bürgen nach gemeinem Deutschen Rechte unter Berücksichtigung des Entwurfs des Deutschen B. G. B.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse.
Schmidt, Cession.
Simeon, Recht und Rechtsgang.
Sintenis, Pfandrecht.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B.
Tielsch, Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum, Inaug.-Diss.
Vetter, Die Bürgschaft für eine Forderung, für welche dem Gläubiger vom Hauptschuldner die Bestellung einer Hypothek versprochen ist. Unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Diss.
Walter, Die Fälle des Beneficium cedendarum actionum und ihre juristische Natur nach Pandektenrecht mit Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Inaug.-Diss.
Windscheidt-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. Zeitschrift für französisches Recht, Bd. XXXI.

Pfand und Bürgschaft verfolgen dasselbe Ziel: Sicherstellung des Gläubigers. Sie können einzeln bei einer Forderung vorkommen, als auch bei derselben Obligation zusammentreffen. Doch bleibt ein Zusammentreffen nicht ohne Einfluß auf das beiderseitige Schicksal der Kautionen, ein Einfluß, welcher bei der Bürgschaft sich am weitesten erstreckt. Eine Richtung dieses Einflusses verfolgt die Abhandlung; sie untersucht, welche Rechtsverhältnisse, die das Pfand zum Gegenstande haben, für und gegen den Bürgen entstehen, wenn er die Schuld zahlt, spezieller: wann der Bürge berechtigt, wann verpflichtet sei, sich bei der Zahlung die Pfandsache vom Gläubiger herausgeben zu lassen.[1])

Im Interesse der Übersichtlichkeit und um den Zusammenhang der Arbeit nicht zu unterbrechen, schicken wir die Behandlung von zwei allgemeineren Fragen voraus, deren Erörterung einen breiteren Raum einnimmt. Es läßt sich schon jetzt verstehen, wenn man fragt, ob 1) die Art des bestellten Pfandrechts, 2) die Zeit seiner Bestellung — vor oder nach dem Bürgschaftsvertrag — für die gemeinte Rechtsstellung des Bürgen von Erheblichkeit wird.

I.

§ 1. Die erste Frage ist für das gemeine Recht zu verneinen. Recht und Pflicht, sich das Pfand herausgeben zu lassen, gestalten sich nicht verschieden, wenn ein Faustpfand oder eine Hypothek vorhanden ist. Der Unterschied bestand darin, daß bei dem pignus dem Gläubiger neben dem dinglichen Recht der Besitz der Sache und ein Recht auf diesen Besitz eingeräumt wurde zum Schutze gegen Verbringung, und zwar war es nicht nur durch Besitzgewährung bei Begründung charakterisiert, sondern ein schon

[1]) Die Arbeit geht dabei im allgemeinen vom römischen Recht aus und schließt mit dem Reichsrecht.

begründetes Pfandrecht wurde auch durch nachträgliche Gewährung des Besitzes zum pignus. Bei der Hypothek hatte der Gläubiger ein Recht auf den Besitz erst nach Fälligkeit der Forderung. Für die Begründung, den Inhalt und die Natur des Pfandrechts war sofortiger Besitz unwesentlich, doch verträglich mit demselben [1]). Vgl. nur l 1 pr. § 1 D 13,7: pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

Ein Schuldner hatte dem Gläubiger ein anderes als das vereinbarte Objekt betrügerischer Weise verpfändet; wenn nun auch der von den Parteien beabsichtigte Realkontrakt nicht entstanden ist, so ist trotz dieser Verwechselung die ursprüngliche Sache verpfändet worden, obschon ihr Besitz nicht übertragen wurde; denn der Consens, gerichtet auf Begründung eines Pfandrechts, war vorhanden.

Ist der Pfandgläubiger nicht sofort mit Begründung des Pfandrechts in den Besitz der Sache gelangt, sondern ist ihm erst später die Sache übergeben, so wird das bis dahin hypothekarische Pfandrecht zum Faustpfandrecht; doch hat der Besitzerwerb nicht eine Wesensänderung zur Folge. Das Pfandrecht ist dasselbe geblieben, die Besitzübertragung ist nur ein Accessorium; die mit derselben entstehenden obligatorischen Rechtsbeziehungen (contr. pign.) lassen das Pfandrecht unberührt. Es ist erklärlich, wenn pignus und hypotheca an verschiedenen Stellen des corpus juris bald in diesem, bald in jenem Sinne gebraucht werden, und es ist richtig, wenn Marcian l 5 § 1 D 20,1 behauptet: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

Wir stellen demnach fest, es ist gleichgültig, in welcher Weise der Pfandgläubiger den Sachbesitz erhält, sofern dies nur im Anschluß an das Pfandrecht geschieht, sodaß auch der Fall hierher gehört, wo der Gläubiger in Ausübung eines hypothekarischen Pfandrechts (bei Fälligkeit und unterlassener Erfüllung) etwa zwecks Verkaufes des Pfandes sich den Besitz desselben verschafft und nun noch vor vollzogenem Verkaufe sich der Bürge zur Zahlung herbeiläßt. Zwischen dem Pfandrecht durch Faustpfand und dem durch Hypothek ist somit ein begrifflicher Unterschied nicht vorhanden. (Vgl. noch l 36 D 13,7.)

Im B. G. B. hat sich diese Rechtslage wesentlich verschoben. So kann die Hypothek nur an Grundstücken bestellt werden, das

[1]) Windscheid, a. a. O. § 224,3

Pfandrecht vornehmlich an beweglichen Sachen, so ist der Zweck des hypothekarischen Anspruches nicht mehr die Verschaffung des Besitzes des Grundstückes, sondern Verschaffung eines vollstreckbaren Titels als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, zu deren Vornahme dem Gläubiger ein Recht auf den Besitz nicht zusteht, dagegen erstreckt sich der dem Eigentumsanspruch analoge Pfandrechtsanspruch auf den Besitz der Sache. [1] [2]. Demnach ist heute die Frage nach der Art des bestellten Pfandrechts wohl berechtigt.

Wir kommen nun zur 2. Frage: ob der Bürge berechtigt und verpflichtet ist, sich nur die bei der Übernahme der Bürgschaft bestellten Pfänder herausgeben zu lassen oder auch die nachher begründeten. Die Antwort auf diese Frage entspricht für das gemeine Recht der auf die 1. Frage gegebenen: Die Zeit der Bestellung des Pfandes ist für unsere Abhandlung irrelevant. Doch ist dieser Satz nicht unbestritten. Knorr behauptet [3], daß der Gläubiger nicht die Befugnis habe, das Pfand herauszugeben, „wenn die Bürgschaft außer allem Bezuge zu dem bestellten Pfandrecht gestanden hätte." Ein Bezug sei aber nicht vorhanden, wenn das Pfandrecht erst nach erfolgter Bürgschaftsübernahme begründet sei. Das Pfandrecht sei in diesem Falle eine res inter alios acta, weil zur Entstehung dieses Nebenrechtes ein Vertrag gehöre, und der Bürge aus einem solchen inter alios weder berechtigt noch verpflichtet werden könne. Zwar lasse man sich leicht durch die 12, 114, 121 C. 8,40 täuschen, weil hier ganz allgemein behauptet sei, der zahlende Bürge könne sich die Pfandklage abtreten lassen; aber bei näherer Prüfung finde man, daß in diesen Stellen nur von dem Regelfall die Rede sei, in welchem vor der Eingehung der Bürgschaft ein Pfand für die Hauptschuld bereits bestellt sei. Die ganze Fassung dieser Stelle lasse erkennen, daß nur an ein bestehendes Pfandrecht gedacht sei und die leges nicht an dem Fundamentalsatze eine Änderung bezweckten, daß aus Verträgen nur die Contrahenten Rechte erwerben könnten. Zudem dürfe nicht übersehen werden, daß jene Stellen, weil Reskripte nur für den entschiedenen Fall von Interesse seien, und daß diese Reskripte nach bekannten hermeneutischen Regeln — wenngleich ganz allgemein gefaßt — nur dann in Anwendung zu bringen seien, wenn sie den allgemeinen Grundsätzen nicht widersprächen. Man könnte auch schon deshalb den fraglichen Constitutionen keine allgemeine Ausdehnung geben, weil das Interesse

[1] Das Aufzählen von weiteren Unterschieden fällt ebenso wie die Bezugnahme auf die Grund- und Rentenschuld außerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

[2] Vergl. Dernburg bürgerl. Recht Bd. III S. 657; Endemann, a. a. O. Bd. II, 1 S. 503.

[3] im Archiv für civil. Praxis XXVIII. S. 170ff.

des Gläubigers dann zu sehr zu Gunsten des Bürgen gefährdet werde. Wenn nämlich der Gläubiger außer der durch das Pfand gesicherten Forderung noch andere Ansprüche an den Hauptschuldner habe, so könne er zur Eintreibung der Schuld sowohl das Pfand als auch das ganze Vermögen in Anspruch nehmen. Diese Wahl habe er aber nicht, wenn er das Pfandrecht abtreten und hinter dem Bürgen bezüglich des Pfandes zurückstehen müsse.

Diese Ansicht von Knorr ist schon insofern in ihrer Allgemeinheit nicht anzuerkennen, als ein „Bezug" auch dann noch hergestellt werden kann, wenn das Pfandrecht erst nach der erfolgten Bürgschaftsübernahme begründet worden ist.

Nach den Ausführungen Knorr's ist unter „Bezug" ein Vertrag zu verstehen, der die Abtretung des Pfandrechts zum Gegenstande hat. Demgemäß ist für Knorr nicht der accessorische Charakter des Pfandrechtes bei einer Übertragung der durch dieses gesicherten Forderung maßgebend, sondern eine — ausdrückliche oder stillschweigende — Willenserklärung des Bürgen, daß er die Bürgschaft übernehme, wenn der Gläubiger gegebenenfalls mit der Hauptforderung auch das Pfandrecht abtrete; das Pfandrecht muß also und ebenso die verbindliche Zusage der Cedierung seitens des Gläubigers bei der Bürgschaftsübernahme bestehen. Dem gegenüber kann aber recht gut behauptet werden: auch wenn das Pfandrecht zur Zeit der Begründung der Bürgschaft noch nicht besteht, geht die Willensmeinung des Bürgen und die Zusage des Gläubigers dahin, daß ein eventl. später noch bestelltes Pfandrecht dem Bürgen bei der Zahlung mitcediert werden müsse. Aber auch ohne die Annahme eines solchen Bezuges hat die Abtretung des Pfandrechts zu erfolgen. Daß die Billigkeitserwägung, die den Gläubiger in jedem Falle seinen Hauptanspruch an den zahlenden Bürgen cedieren läßt, auch für die Cession des Pfandrechtes sich geltend macht, werden wir weiter unten erörtern. Vorweg sei bemerkt, daß, wenn diese Billigkeitserwägung dazu führt, den Gläubiger in jedem Falle zur Forderungsabtretung zu nötigen, sie auch in jedem Falle zur Pfandrechtscession führen muß.

Die Kaiser haben in den leges einen ganz allgemeinen Satz aufgestellt. Dies ist solange anzunehmen, bis der Gegenbeweis erbracht ist; denn nichts deutet an, daß die Kaiser in den fraglichen Stellen einen Unterschied machen wollten zwischen Pfandrechten, die vor, und solchen, die nach der Bürgschaftsübernahme bestellt sind. Noch viel weniger aber setzen sich die Kaiser bei dieser Auffassung ihrer Aussprüche in Widerspruch mit dem angeführten Fundamentalsatze (s. S. 4) [1].

[1]) Vergl. l 6 D. 18,4: Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.

Das Resultat ist somit: ein Unterschied zwischen dem vor der Bürgschaft und solchem nach der Bürgschaftsübernahme bestellten Pfandrecht ist nicht zu machen[1]). Das B. G. B. läßt ebenfalls eine derartige Unterscheidung nicht zu. Es ergiebt sich dies aus dem § 772,2, nach welchem der Bürge, wenn er vom Gläubiger einer Geldforderung belangt wird, die Befugnis hat, den Gläubiger auf ein etwa bestelltes Pfandrecht hinzuweisen, ohne daß das B. G. B. den Zeitpunkt der Bestellung des Pfandrechtes hervorhebt[2]). (Vergl. auch § 776.) Nebenbei mag bemerkt werden, daß es für unsere Arbeit ohne Interesse ist, ob Gegenstand des Pfandrechtes eine Sache oder ein Recht ist, wenngleich wesentliche Verschiedenheiten bestehen. (§ 1273 B. G. B.)

II.

§ 2. An das Ergebnis dieser beiden vorausgeschickten Erörterungen schließen wir die Frage an, ob der Bürge durch die Zahlung ein Recht auf Herausgabe der Pfänder erlangt.

Die Antwort richtet sich danach, ob das Pfandrecht auf den Bürgen übergeht. Trifft dies zu, so kann der Bürge die Herausgabe der Pfänder fordern, sofern der Gläubiger sie nicht etwa infolge seiner Diligenzverpflichtung aus dem contractus pigneraticius ihm zu verweigern hat. Die Abtretung des Pfandrechts ist aber infolge der accessorischen Natur dieses Rechtes im allgemeinen nur möglich bei der Übertragung einer Forderung (l. 6 D. 18,4). Wir haben somit zunächst zu prüfen, ob der zahlende Bürge die Cession der dem Hauptgläubiger gegen den Schuldner zustehenden Forderung beanspruchen kann. Von den dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten kommt für das römische und gemeine Recht das beneficium cedendarum actionum in Betracht. Den in ihm liegenden Gedanken finden wir zuerst im mandatum qualificatum verwirklicht.[3]) Bei diesem war die Cession der von dem Mandatar in Ausführung des Mandates erworbenen Klage eine notwendige Folge des Mandatsverhältnisses. Hatte der Mandator dem Mandatar Befriedigung wegen der Verwendungen gewährt, so konnte er seinerseits mit der actio mandati directa Cession der Klagen verlangen, die diesem aus der Obligation mit dem Dritten zustanden (l. 27 85 D. 17,1; l. 95 § 10 D. 46,3: sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat.) Das Recht hierzu hatte der Mandator deshalb, weil die Forderungen des Man-

[1]) Vergl. Hasenbalg, a. a. O. S. 445 ff.; Sintenis, a. a. O. S 826,79.

[2]) S. Dernburg bürgerl. Recht II,2 S. 355; Endemann, a. a. O. I S. 867 Anm. 4.

[3]) S. Keil, a. a. O. S. 12.

datars an den Debitor durch die Befriedigung seitens des Mandators nicht untergingen; denn die Obligation zwischen dem Mandator und dem Mandatar war verschieden von der zwischen dem Mandatar und dem Hauptschuldner, wie auch l. 28 D. 17,1 sagt:

Papinianus . . . . . ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

An diese Stelle lehnte man sich an, um den fideiussor vor Schaden zu behüten, der ihn vor allem stets dann traf, wenn durch die Bürgschaft kein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptschuldner zu Stande gekommen war, auf Grund dessen er Regreß gegen den Hauptschuldner hätte nehmen können. Wenn nun auch dieser Weg nicht zu billigen ist, da der Mandatar stets seine eigene Schuld tilgt, nicht aber die des Schuldners, und da außerdem durch die Zahlung des fideiussor die Hauptforderung ipso iure erlosch, so war es doch der Billigkeit entsprechend, daß der Prätor auf den Bürgen die Berechtigung des Mandators übertrug. „Jene Cession wurde dann allgemein üblich, ja, es wurde dem Bürgen das Recht gegeben, die Abtretung der Ansprüche vom Gläubiger zu verlangen[1]."

Der Gläubiger ist demnach verpflichtet, bei der Zahlung dem dies verlangenden Bürgen die Forderung gegen den Hauptschuldner abzutreten. Damit kann der Bürge vom Gläubiger auch verlangen, daß dieser ihm die Klagen gegen Mitbürgen abtrete.[2])

Zwar lehrte die früher herrschende Meinung,[3]) daß eine Forderung unübertragbar sei, und demgemäß definierte sie die Cession als „die Übertragung der Befugnis ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen"; jedoch wurde diese Auffassung in der jüngeren Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes aufgegeben[4]). So sagt das Reichsgericht in der angegebenen Entscheidung, daß durch die Cession eine Sondernachfolge in die Forderung herbeigeführt werde, daß das Forderungsrecht ohne weiteres von dem Cedenten auf den Cessionar übergehe, und daß dieser als neuer Gläubiger die rechtliche Stellung des Cedenten einnehme.

[1]) Keil, a. a. O. S. 35 im Gegensatz zu Geib, a. a. O. S. 156.

[2]) Die abweichende Ansicht von Savigny, welche sich auf die ll. 17 D. 46,1; l. 36 D, 46,1 und l. 4 J. 3,20 stützte, wird besonders von Hasenbalg, a. a. O. S. 428 und Girtanner, a. a. O. S. 358 N. 9 zurückgewiesen.

[3]) Mühlenbruch, a. a. O. S. 220—232, Schmidt, a. a. O. S. 438, Vangerow, a. a. O. III § 574.

[4]) S. auch R. E. IV No. 32 S. 115; Windscheid a. a. O. § 329; Brinz, a. a. O. § 284.

Dieser Auffassung schließt sich auch das B. G. B. an, nach welchem ein Gläubiger sein Forderungsrecht ohne Denunziation und ohne Mitwirkung des Schuldners auf einen anderen übertragen kann[1]. Auch die Beobachtung einer besonderen Form ist nicht vorgeschrieben, es sei denn, daß das B. G. B. eine Ausnahme zuläßt, wie z. B. im Hypothekenrecht bei der Brief- und der Buchhypothek (§§ 1154,1 und 1154,3). Ist über die Forderung eine Urkunde ausgestellt, bedarf die Abtretung nicht der Übergabe der Urkunde, abgesehen davon, daß sich die Forderung in der Urkunde verkörpert. Jedoch ist Voraussetzung, daß die Forderung als solche übertragbar ist. Im gemeinen wie im heutigen Recht giebt es Forderungen, die nicht übertragbar sind, so z. B. die querela inofficiosi testamenti, die actio iniuriarum aestimatoria; für das B. G. B. die Forderungen, bei denen zwischen Gläubiger und Schuldner ein pactum de non cedendo abgeschlossen ist. (§ 399; andere s. §§ 412, 847, 1300.)

§ 3. Bevor wir nun die Schlußfolgerung aus diesen Ausführungen für das Schicksal des Pfandrechtes ziehen, erledigen wir zunächst einige Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob der Bürge von dem beneficium Gebrauch machen kann. Hat z. B. der Bürge auf die Geltendmachung der Rechtswohlthat verzichtet, so steht zunächst soviel fest, daß der Bürge sich einer Einrede aus dem beneficium nicht mehr bedienen kann. Zahlt der Bürge in einem solchem Falle ohne Widerrede, so entsteht die Frage, ob die Verzichtleistung ihm auch den Anspruch auf Abtretung der Forderung nimmt oder nicht. Von Mühlenbruch[2] wird eine derartige Folge mit der Begründung behauptet: „ad renunciata non datur regressus“ und„ Eine durch Zahlung getilgte Schuld kann nicht mehr abgetreten werden.“

Anderer Meinung ist Girtanner[3], der darlegt, daß nur der Gläubiger ein rechtliches Interesse an dem Verzicht auf die Abtretung der Forderung habe, weil er dann ohne Weiterungen Befriedigung vom Bürgen verlangen könne; keinesfalls habe aber der Gläubiger ein Interesse daran, daß der Bürge seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner verliere. Mit Hasenbalg (a. a. O. S. 462) schließen wir uns dieser Ansicht an. Denn die von Mühlenbruch angeführte Regel wird überhaupt nicht bestritten. Darüber aber bestanden Meinungsverschiedenheiten, ob überhaupt ein Verzicht auf die Klageabtretung vorlag. Bezüglich des Fundamentalsatzes ist eine Prüfung notwendig, ob der Schuldner eine die Schuld tilgende Zahlung oder etwa die Hingabe eines Kau,

[1]) S. § 398 B. G. B.; Gierke, a. a. O. S. 187 ff.
[2]) a. a. O. S. 414.
[3]) a. a. O. S. 251.

preises beabsichtigte. Hat der Bürge bei der Zahlung eine Willenserklärung hinsichtlich der Abtretung der Hauptforderung nicht abgegeben, so wird infolge der l. 36 D. 46,1 angenommen, der Bürge habe emendi animo geleistet, vorausgesetzt, daß er noch zu der Erklärung berechtigt war, ob er zahlen oder kaufen wolle. Bemerkt der Bürge dagegen, daß er auf die Abtretung verzichte, so ist die Obligation zwischen dem Hauptgläubiger und dem Schuldner getilgt. Denn durch den Willen des hierfür allein maßgebenden Bürgen hat die Erfüllung der Bürgschaftsschuld den Charakter einer die Hauptschuld zerstörenden Zahlung angenommen.

Wie ist die Rechtslage — um von anderen Möglichkeiten abzusehen —, wenn der Bürge sich gegen den Willen des Hauptschuldners verpflichtet hat; kann auch hier der Bürge die Abtretung der Klagen verlangen? Zu den Anhängern der verneinenden Ansicht gehört Windscheid[1], der seine Stellungnahme folgendermaßen begründet: „Hat der Bürge einen Rückgriff gegen den Schuldner deshalb nicht, weil er diesem das Gezahlte doch wieder hätte ersetzen müssen, oder weil er auf den Rücktritt verzichtet hat, so würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen.

Hat der Bürge sich gegen das Verbot des Hauptschuldners verbürgt, so darf er sich auch einen Regreßanspruch, den dieser ausdrücklich abgelehnt hat, nicht auf einem Umwege verschaffen."

Für diese Auffassung sprechen auch folgende Erwägungen. Der Bürge hat an und für sich kein rechtliches Interesse, die Cession von Ansprüchen zu verlangen, welche er gar nicht gegen den Hauptschuldner realisieren kann, da dieser mit einer exceptio doli die Geltendmachung der cedierten Forderung abzuweisen in der Lage ist. Hinzu kommt, daß, wenn dem Bürgen ein solches Recht gewährt würde, man den Hauptschuldner den Unannehmlichkeiten eines Prozesses mit dem Bürgen aussetzen würde, welchen er doch wohl kaum verschuldet hätte. Auch Geib[2] bekennt sich zu dieser Auffassung, da der Bürge nur dann Abtretung der actio gegen den Hauptschuldner verlangen könne, wenn der Gläubiger diese actio nicht mehr verwerten könne, und wenn der fideiussor für seine Auslagen Ersatz haben wollte und durfte, also an dem Anspruch gegen den Hauptschuldner interessiert sei.

Jedoch können alle diese Gründe für die Ansicht von Windscheid nicht den Ausschlag geben. Ihre innere Kraft verliert sich, wenn man bedenkt, daß das zwischen dem Bürgen und dem

[1]) a. a. O. § 481 No. 7.
[2]) a. a. O. S. 157f. Vergl. Brinz, a. a. O. S. 87. 192. Anm. 23.

Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis für den Gläubiger ohne rechtliche Bedeutung ist, und daß sich das Interesse des Gläubigers in der Empfangnahme der Leistung erschöpft. Und weil damit seinem Interesse Genüge geleistet ist, hat er auf Verlangen des Bürgen die Cession vorzunehmen[1]). Wenn sich auch der Bürge gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat, so hat er, trotzdem er auf diese Weise in die Rechtssphäre eines Anderen eigenmächtig eingegriffen hat, einen Anspruch erworben, dessen Entstehung der Wille des Hauptschuldners nicht zu verhindern vermochte. Wenn die Macht des Hauptschuldners auch weit reicht, soweit aber wirkt der Wille nicht, daß er die Schranke bildet für eine vom Gläubiger vorzunehmende Cession[2]). Ebensowenig wie der Hauptschuldner der Leistung des Bürgen mit Wirksamkeit widersprechen kann, ebensowenig kann er der Cessionsleistung des Gläubigers widersprechen[3]). Unrichtig ist jedoch die Schlußfolgerung, welche Hagemeister, a. a. O. S. 13 aus der Windscheid'schen Auffassung zieht und dem Windscheid interpretiert, daß der Gläubiger wohl von dem Bürgen, der sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt, Zahlung verlangen, ihm gegenüber aber nicht, obwohl er ihm die Bonität der Forderung sichere, zur Klagencession verpflichtet sei. Denn Windscheid behauptet nur, daß der Bürge die Abtretung nicht verlangen dürfe, ohne zu sagen, daß der Gläubiger zur Abtretung nicht verpflichtet sei. Zur Abtretung ist der Gläubiger auch dann verpflichtet, wenn der Bürge mit Rücksicht auf den Hauptschuldner nicht berechtigt wäre, Abtretung zu verlangen, auch wenn das abgetretene Recht ein dem Hauptschuldner gegenüber wesenloses, eine Form ohne Inhalt wäre. Ob der Büge hinterher Ersatz vom Hauptschuldner bekommt, ist nicht die Sorge des Gläubigers, sondern ist Sache des Hauptschuldners resp. des Gerichts.[4])

Diese Gedanken haben Wert auch für das heutige Recht, wenngleich das B. G. B. das beneficim ceendarum actionum nicht mehr kennt. Entsprechend dem Zweck des Institutes, dem Bürgen Regreßsicherheit zu gewähren, wurde, wie S. 22 ausgeführt, angenommen, daß der Bürge, wenn er bei der Zahlung keine auf den Regreß sich beziehende Willenserklärung abgegeben, emendi animo geleistet habe. In dieser Annahme lag die Anerkennung, daß dem zahlenden Bürgen ein Regreßrecht zu gewähren sei. Das B. G. B. hat diesen Gedanken aufgenommen,

[1]) Dernburg, Pand. II § 80 Anm. 8; Arndts, a. a. O. § 356. Anm. 3.

[2]) Vergl. Büttner, a. a. O. S. 35, Vetter, a. a. O. S. 21, Walter, a. a. O. S. 14.

[3]) Vergl. l. 38 D. 3,5.

[4]) Dernburg, das bürgerliche Recht II 2, S. 534, Anm. 4.

ihn aber in eine andere und die Entstehung von Streitfragen ausschließende Form gekleidet. Nach dem § 774 S. 1 vollzieht sich der Eintritt des Bürgen in die Forderungsrechte des von ihm befriedigten Gläubigers von selbst, sog. cessio legis[1]. Der Legalübergang verwirklicht sich für jeden Bürgen, auch für den selbstschuldnerischen. Es kann auch der Bürge nicht einmal Abtretung der dem Gläubiger zustehenden Forderung verlangen, ebensowenig wie der Gläubiger die Forderung abtreten kann. Der Übergang verwirklicht sich auch dann, wenn dem Bürgen der animus acquirendi fehlt, ja, selbst wenn rechtliche den Regreß begründende Beziehungen nicht vorhanden sind; denn es wird angenommen, daß die Zahlung des Bürgen nicht solvendi causa erfolge, sodaß hierdurch das Forderungsrecht des Gläubigers erlöschen würde, sondern acquirendi causa, sodaß die Existenz der Forderung trotz Befriedigung des Gläubigers nicht in Frage gestellt wird[2]. Jedoch gilt, wie aus dem S. 2 des § 774 hervorgeht, die Regel: nemo subrogat contra se, d. h. wenn der Bürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt, geht die Forderung auch nur zum Teil auf den Bürgen über, der aber diese Rechtsverschiebung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend machen darf[3]. Hat der Bürge donandi animo oder gegen den Willen des Hauptschuldners oder in eigenem Interesse die Bürgschaft übernommen, so erwirbt in all diesen Fällen der Bürge auch im B. G. B. Forderung und Pfandrecht, und es ist auch heute Sache des Hauptschuldners, etwaigen Übergriffen des Bürgen im Wege der Einwendung zu begegnen[4].

Es erübrigt noch, den gesetzlichen Forderungsübergang zu konstruieren. Wir haben hier, wie schon bemerkt, die eigentümliche Erscheinung, daß, obwohl ein Gesamtschuldner die Schuldleistung bewirkt, das Forderungsrecht des Gläubigers nicht untergeht. Weil es sich hier um ein Gesamtschuldverhältnis handelt, kann der Konstruktionsversuch von La Roche[5] nicht Billigung finden, nach welchem an sich zwei Forderungsrechte gleichen Verhaltens auf der Schuldnerseite vorliegen, die deshalb verschieden seien, weil der eine Schuldner der Haupt-, der andere der accessorische Schuldner sei. Befriedige der Bürge den Gläubiger, so sei nur die Accession erloschen, nicht die Obligation, weil der

[1]) Endemann a. a. O. I S. 866; Scherer a. a. O. S. 1108 z. § 774.

[2]) Das B. G. B. hat sich den großen Codifikationen angeschlossen. P. A. L. I, 14 § 338, code civile Art. 2029, Oesterr. Bürgerl. Ges. § 1358, Bad. Landr. S. 20—29 und Sächs. Gesetzbuch § 955.

[3]) Endemann, a. a. O. S. 687 Anm. 3. Plank, a. a. O. S. 518,3. Oertmann, a. a. O. S. 500.

[4]) Oertmann, a. a. O. S. 501 § 774. Staudinger, a. a. O. II S. 675.

[5]) a. a. O. S. 41.

wahre Schuldner noch schulde. Auch der Versuch, den Fortbestand der Forderung durch den animus emendi zu rechtfertigen, kann nicht befriedigen, weil gerade dieser animus den Parteien fehlt. Nach den Motiven II S. 673 soll die Erhaltung der Forderung aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeführt sein [1]).

Matthias [2]) will entweder die Fiktionstheorie oder aber „gesetzliche Neubegründung einer Forderung für den Bürgen mit genau dem gleichen Inhalte der durch Befriedigung aufgehobenen Forderung." Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizupflichten, weil das B. G. B. ausdrücklich von einem Übergehen der Forderung spricht [3]). Richtiger dürfte wohl folgende Auffassung sein. Der Bürge hat, obwohl Hauptzweck der Bürgschaft Sicherung des Gläubigers ist, durch die Begründung der Bürgschaft ein suspensivbedingtes Recht auf Abtretung der dem Gläubiger zustehenden Forderung erworben [4]). Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so ist der ungewisse Umstand, auf den die Bedingung abgestellt ist, eingetreten und der Anspruch auf Abtretung wirksam geworden. Dieser Anspruch wird aber kraft der gesetzlichen Bestimmung des § 774 sofort durch den ipso iure erfolgten Übergang befriedigt. Für diese Konstruktion spricht, daß der Anspruch des Bürgen des Gemeinschuldners auf Ersatz dessen, was er nach der Konkurseröffnung zu zahlen hat, zu den Forderungen des § 67 der Konkurs-Ordnung gehört.

§ 4. Es ergiebt sich also, daß die Forderung des Gläubigers trotz der Befriedigung nicht untergeht, sondern auf den Bürgen nach gemeinem wie nach bürgerlichem Recht übergeht. Damit vollzieht sich aber auch ipso iure der Übergang des Pfandrechtes. Dafür sind nicht etwa besondere Beziehungen zwischen dem Gläubiger-Cedenten und dem Bürgen-Cessionar maßgebend, sondern der Grund dieser Erscheinung liegt in der Natur des Pfandrechtes, welches, obwohl durch einen selbständigen Akt entstanden, infolge des ihm wesentlichen accessorischen Charakters gleichsam ein integrierender Bestandteil der Hauptforderung ist. Eine Übertragung des Pfandrechtes ist daher nicht erforderlich [5]).

In Übereinstimmung hiermit bestimmt das B. G. B. im § 401 Abs. 1: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte . . . . auf den neuen Gläubiger über." Zwar bezieht sich diese Regel auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb, jedoch findet sie auf Grund des § 412 auch auf den Legalüber-

[1]) Vergl. Plank, a. a. O. S. 517 zum § 774 unter 1.
[2]) a. a. O. S. 775.
[3]) Vergl. Herms, a. a. O. S. 56.
[4]) Vergl. R. G. 14,172 und 42,37.
[5]) Windscheidt, a. a. O. § 332,2; Dernburg, Pand. II § 51,2; Pfandrecht I, S. 560. ll. 6,7 C 4,10; l. 6 D. 18,4.

gang Anwendung. Es bedarf somit für diese Nebenrechte ebenfalls keiner besonderen Abtretung. Ohne Übergabe wird der Bürge Pfandgläubiger, ipso iure wird er Hypothekar. Für den Pfandgläubiger finden wir diese Vorschrift im § 1250 wieder. Hier läßt sie sich aus der accessorischen Natur des Pfandrechtes herleiten. Für das Hypothekenrecht ergiebt sich dieser Übergang ebenfalls aus der accessorischen Zweckbestimmung. Ohne Eintragung im Grundbuche und ohne Übergabe des Hypothekenbriefes vollzieht sich die Übertragung.

Im römischen Recht wie im Recht des B. G. B. können die Parteien jedoch bestimmen, daß die Forderung ohne das Pfandrecht übergehen soll. Für das römische Recht bestätigt dies Hermogenian in der l. 23 pr. D. 18,4:

Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores huius debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.

Eine solche Abmachung würde aber den Untergang des Pfandrechtes herbeiführen; denn ohne eine Forderung kann ein Pfandrecht nicht bestehen, es sei denn, daß die Rechtsordnung Ausnahmen zugelassen hat (l. 3, l. 7, C. 7, 39; l. 59 pr. D. 36, 1; l. 38 § 5 D. 46,3). Gleiches gilt nach dem § 1250,2 des B. G. B. für das Pfandrecht, sodaß hier dann das Pfandrecht kraft Gesetzes erlischt[1]), während im Gegensatz zu dieser Bestimmung im § 1153,2 für das Hypothekenrecht der Grundsatz aufgestellt ist, daß die Forderung nicht ohne Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann; diese Verbindung der Hypothek mit der Forderung ist jedoch nur scheinbar eine so enge; denn das Gesetz läßt Ausnahmen von dieser Regel zu, die wichtiger als die Regel sind[2]).

§ 5. Tritt nun der Gläubiger die Forderung an den Bürgen ab, so hat er, wie wir gesehen haben, in der Regel das für die Forderung bestellte Pfandrecht erworben und somit als Pfandgläubiger das Recht erlangt, sich bei der Zahlung die beim Gläubiger vorhandenen Pfänder herausgeben zu lassen. Denn mit der zum Schutze des Pfandrechtes gegebenen actio hypothecaria kann der Bürge sofort den Besitz der Pfänder verlangen. Der Bürge braucht mit Erhebung derselben nicht etwa bis zur Fälligkeit der Schuld und Nichtzahlung seitens des Schuldners zu warten, da er ja den Besitz der Pfänder genau so wie der Cedent verlangen kann; war dieser vom Schuldner sofort in den Besitz

[1]) Biermann, a. a. O. III S. 284.

[2]) Vergl. Matthias S. 125ff. und §§ 1168, 1177, 1180, 1190 und 1198 B. G. B.

der Pfandsache gesetzt, so hatte er auch schon vor der Fälligkeit der Forderung beim Besitzverlust die Klage entsprechend der intentio des Verpfänders. Puchta[1] freilich behauptet, daß dem Faustpfandgläubiger die actio hypothecaria nur unter denselben Voraussetzungen zu geben sei, wie dem Hypothekar. Jener habe zwar stets das ius possidendi, könne es jedoch nicht immer mit dieser Klage beanspruchen; denn bei ihr sei das das Faustpfand auszeichnende Element ohne Belang, weil sie aus dem Recht entstehe, hinsichtlich dessen Faustpfand und Hypothek gleich seien, nicht aber entspringe sie aus dem Faustpfand als solchem.

Gegen diese Meinung aber spricht der Umstand, daß die actio hypothecaria zufolge ihres dinglichen Charakters erhoben werden kann, sobald das Recht verletzt ist, zu dessen Schutze sie bestimmt ist. Der Hypothekar ist berechtigt, im Falle der Fälligkeit der Forderung und der Nichtbefriedigung die Pfänder an sich zu nehmen. Ist er in dieser Zeit nicht im Besitze derselben, so steht ihm die von diesem Augenblicke an wirksame actio hypothecaria behufs Erlangung des Besitzes zu. Was dagegen den Faustpfandgläubiger anbetrifft, so soll diesem gemäß der Absicht der Parteien der Besitz des Pfandes sofort übertragen werden und bis zur Befriedigung zustehen. Ist daher der Faustpfandgläubiger nicht im Besitze der Pfandsache, so widerspricht ein solcher Zustand stets seinem Rechte; er hat somit sofort die dingliche Klage, um sich in den Besitz der Pfänder zu setzen[2]. Ohne Interesse ist dabei, ob das Pfandobjekt eine unbewegliche Sache oder ein Recht ist. Weil nun die dinglichen Rechte zu den absoluten Rechten gehören, üben sie gegen jeden Dritten Wirkung aus, und damit wirkt auch das Pfandrecht gegen jedermann. Sobald es verletzt ist, kann der Berechtigte von jedem Herstellung des entsprechenden Zustandes verlangen. Dies ist auch der Zweck der Klage (l 66 D. 21,2: Serviana actio etsi in rem est nudam, tamen possessionem avocat[3]. Damit ist der Bürge berechtigt, nicht allein vom Gläubiger, sondern auch vom Mitbürgen oder vom Dritten die Herausgabe des Pfandes zu verlangen.

[1]) Vorlesungen § 215,2.

[2]) Außer dieser Klage hat er noch die **actio pigneraticia contraria** in folge der Cession (Sintenis, a. a. O S. 358), da ja **ipso iure** alle Rechte auf ihn übergehen. Daher erwirbt er auch die mit dem Pfandrecht verbundene persönliche Klage. Daß er den Besitz noch nicht hat, ist ohne Belang; denn die einmal entstandene **actio pigneraticia contraria** kann, wenngleich durch einen Realvertrag existent geworden, ohne den Besitz des Pfandobjektes erworben werden. Bedeutung für den Bürgen erlangt sie zwar erst dann, wenn er Pfandbesitzer geworden ist; aber auch schon vorher kann sie für ihn wertvoll werden, wenn z. B. kein Pfandrecht entstanden ist, weil der Verpfänder eine fremde Sache verpfändete. Hier kann er dann mit derselben vom Verpfänder Schaden ersatz verlangen. (l. 54 D. 46,1).

[3]) Vergl. l. 2, 11, 21 C. 8, 40, 41.

Diese Klage hat der Bürge unter allen Umständen gegen jeden Pfandbesitzer, mag dieser kein Pfandrecht, oder kein so gutes (l. 12 pr. § 7 D. 20,4; l. 10 D. 20,1) als der Bürge haben, ja auch gegen den ist sie an sich begründet, der ein gleich gutes oder ein besseres Pfandrecht nachzuweisen im Stande ist. Jedoch haben diese Regeln zum Teil eine wichtige Einschränkung durch die Nov. 4 c. 2 erfahren: Justinian bestimmt hier: Sed neque ad res debitorum, quae aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus et contra mandatores et fideiussores et sponsores: sicque ad res veniens principalis, debitoris sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum et mandatorum et sponsorum.

Nach dieser Novelle kann der dritte Besitzer des Pfandes vom Pfandgläubiger verlangen, daß dieser zunächst gegen den Schuldner und dessen solventen Bürgen mit der persönlichen Klage vorgehe, und erst nach erfolgloser Erhebung dieses Rechtsmittels sich aus dem Pfande befriedige.[1])

Tritt nun der befriedigte Gläubiger dem Bürgen bei der Zahlung das Pfandrecht ab, ist dieser zwar berechtigt, von dem Dritten Herausgabe zu verlangen, aber ohne Aussicht auf Erfolg, weil der Dritte befugt ist, alle Einreden, die ihm gegen den Gläubiger-Cedenten zustanden, gegen den Bürgen-Cessionar geltend zu machen[2]: denn der pfandrechtliche Herausgabeanspruch ist mit dem Übergange des Pfandrechtes auf den Bürgen übergegangen. In unserem Falle wäre demnach der Dritte befugt, den Bürgen auf den Hauptschuldner zu verweisen[3]).

Dem B. G. B. ist ein dem petitorischen Pfandanspruch des römischen Rechts entsprechender Anspruch unbekannt, vielmehr normiert es, daß, wenn das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt wird, auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften analog anzuwenden seien (§ 1227). Der Unterschied gegenüber dem gemeinen Recht liegt also nur in der Formulierung. Da nun der Pfandgläubiger zum Besitze berechtigt ist, kann der Bürge als solcher sofort nach der Zahlung von jedem, auch von dem Gläubiger, das Pfand vindizieren[4]).

Ein beneficium excussionis personalis ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche ebenfalls fremd. Insofern haben die obigen Ausführungen über die rechtliche Stellung des Dritten ihre Bedeutung verloren. Jedoch ist zu beachten, daß der Bürge in die Rechtslage des von ihm befriedigten Gläubigers einrückt, sodaß er

[1]) Vergl. Baron, a. a. O. S. 336.
[2]) Vergl. Baron, a. a. O. S. 455 c.
[3]) Vergl. Brockhues, a. a. O. S. 22.
[4]) Biermann, a. a. O. III S. 284.

sich Einwendungen des Dritten, welche gegen den Gläubiger sowohl aus dinglichen wie aus obligatorischen Rechten begründet waren, zu unterwerfen hat (§§ 1211; 1227, 986 B. G. B.). Diese Rechte können dem Dritten die Befugnis geben, die Herausgabe zu verweigern.

Durch den Fortfall des beneficium excussionis personalis ist die überlegene Rechtsstellung des Verpfänders gegenüber dem Bürgen verschwunden. Sie hat sich insofern verschlechtert, als heute, wenn der Bürge den Schuldner befriedigt, das Odium der Nichtbezahlung seitens des Schuldners in letzter Linie den Verpfänder trifft. Denn der durch die Zahlung zum Pfandgläubiger gewordene Bürge ist berechtigt, sich aus dem Pfande zu befriedigen, ohne daß sich der Verpfänder auf die durch die Zahlung beseitigte Bürgschaftshaftung berufen kann. Anders gestaltet sich die Lage des Bürgen bei der Hypothek. Zwar geht gemäß dem § 1153 auch die Hypothek mit der Übertragung der Forderung auf den Gläubiger über; es besteht dann ein Zwiespalt zwischen der materiellen Rechtslage und der buchmäßigen; zur Beseitigung dieses Widerspruches dient der Berichtigungsanspruch aus dem § 894. Aber nicht mehr kann der hypothekarische Bürge Herausgabe des Grundstückes verlangen, sondern nur ein solches Verhalten, daß die dingliche Haftung (des Grundstückes) durchgeführt werden kann. Das Grundstückspfandrecht giebt als solches kein Recht auf den Besitz der Sache. Hervorzuheben ist, daß für den Gläubiger ein Nießbrauchsrecht seitens des Eigentümers neben der Hypothek bestellt werden kann. Geht nun die Hypothek auf den Bürgen über, bleibt das Nießbrauchsrecht als unübertragbares Recht doch dem Gläubiger, und selbst wenn der Gläubiger dieses Recht der Ausübung nach auf den Bürgen übertragen hat, tritt der Bürge doch nicht in die dingliche Rechtsstellung des Gläubigers ein, vielmehr hat eine derartige Vereinbarung nur obligatorische Wirkung, Wirkung unter den Parteien, sodaß der Bürge in diesem Falle nur vom Gläubiger auf Grund des besonderen Vertrages Herausgabe des Grundstückes verlangen könnte [1]).

Der Bürge kann also — abgesehen von einem besonderen Abkommen — die Besitzverschaffung am Grundstücke weder vom Gläubiger noch von einem Dritten fordern. Damit scheidet die Berücksichtigung der Grundstückspfandrechte als gegenstandslos aus unseren weiteren Betrachtungen aus.

Ist nun dem zahlenden Bürgen das Recht gegeben worden, das Pfand vom Gläubiger herauszuverlangen, so muß dieser auch dem Verpfänder gegenüber berechtigt sein, das Pfandobjekt herauszugeben. Da der Gläubiger durch die Cession das ius possidenti

[1]) (S. Matthias a. a. O. III S. 93).

verloren hat, könnte man versucht sein anzunehmen, daß der Verpfänder nunmehr die Restitution des Pfandes zu verlangen berechtigt sei. Aber weder die ihm aus dem Pfandvertrage zustehende persönliche noch die dingliche Klage können einen ihm günstigen Ausgang herbeiführen. Denn die actio pigneraticia directa kann erst nach Tilgung der Hauptforderung angestellt werden, und die ist, wie wir oben ausgeführt, trotz der Befriedigung des Gläubigers nicht untergegangen; und die rei vindicatio kann der Gläubiger ebenfalls unter Berufung darauf zurückweisen, daß der Schuldner ihn bis zur Erfüllung der Hauptobligation in den Besitz des Pfandes gesetzt habe. Daß zur Abwehr der Eigentumsklage ein Pfandrecht oder ein sonstiges dingliches Recht erforderlich sei, ist durchaus nicht nötig. Es genügt nach römischem Recht auch ein persönliches Recht, wie z. B. Pacht- und Mietrecht. Dieser Satz hat sich im römischen Recht allmählich durchgerungen, und ist im gemeinen Recht für jedes obligatorische Recht im allgemeinen durchgeführt worden. Der Verpfänder ist also trotz der Cession der Verpflichtung, den Gläubiger bis zur Tilgung der Schuld im Besitze des Pfandes zu belassen, nicht enthoben. Zwar hat der Gläubiger die pigneraticia und hypothecaria actio an den Bürgen abgetreten, und würde er infolgedessen gegen den Verpfänder gegebenenfalls durch Anstellung dieser Klagen nichts ausrichten können, aber das Recht hat er noch, daß ihm der Besitz des Pfandes vom Verpfänder nicht angetastet werde.

Der Gläubiger steht demnach infolge der Cession in folgendem Verhältnis zur Pfandsache. Der Vindikation des Verpfänders kann er die Verpflichtung desselben aus dem Pfandvertrage entgegenhalten, dem Bürgen ist er infolge der auf diesen übergegangenen hypothekarischen Klage zur Herausgabe verpflichtet, ebenso den petitorischen Klagen Dritter.

Der Gläubiger ist, um auf unsere Ausgangsfrage zurückzukommen, nicht allein Pfandgläubiger, er ist auch Pfandnehmer und hat als solcher die Verpflichtung, nach Erlöschen der Hauptobligation das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben, an dieser Verpflichtung wird an und für sich nichts geändert. Aus der Berechtigung des Gläubigers zur Cession der Hauptforderung folgt noch nicht, daß er befugt ist, einem jeden das Pfand herauszugeben. Der Gläubiger ist trotz der Befriedigung Schuldner des Verpfänders geblieben und ist durch die Befriedigung seitens des Bürgen Schuldner desselben geworden, Collision der Pflichten. Zwar wird die Verpflichtung gegenüber dem Verpfänder den Gläubiger nicht besonders drücken, solange die Hauptobligation noch nicht getilgt ist, oder er sich noch im Besitze des Pfandes befindet, aber brennend wird für ihn die Frage, wenn er auf

Verlangen des Bürgen diesem das Pfand herausgegeben, und die Hauptobligation von einem Dritten etwa donandi animo getilgt ist. Wie ist dann dem Gläubiger zu helfen, falls er nun vom Verpfänder auf Herausgabe belangt wird? Gegen den Bürgen kann der Gläubiger nicht vorgehen; denn er hat diesem gegenüber kein Recht. Es ist notwendig, seine Rechtslage in dem Pfandvertrag näher zu prüfen. Als Faustpfandgläubiger haftet er für jede Fahrlässigkeit. Der Verpfänder kann also nur gegen ihn vorgehen, wenn dem Gläubiger eine Schuld zur Last fällt. Kann nun in der Herausgabe des Pfandes an den Bürgen ein Verschulden des Gläubigers erblickt werden? Diese Frage ist im allgemeinen und besonders dann zu verneinen, wenn der Hauptschuldner selbst den Bürgen zur Bürgschaftsübernahme bewogen hat. Gesetzt, er verweigerte dem Bürgen die Herausgabe, dann könnte sich dieser einen vollstreckbaren Titel verschaffen und durch Zwangsvollstreckung die Herausgabe der Sache erzwingen. Es müßte also schließlich der Gläubiger das Pfand doch herausgeben und die Prozeßkosten noch dazu bezahlen. Diese Erwägung läßt erkennen, daß es sich wohl mit seiner Verpflichtung dem Verpfänder gegenüber vereinbaren läßt, daß er das Pfand dem Bürgen abtritt. Es ist also der Gläubiger berechtigt, dem Bürgen das Pfand herauszugeben.

Dieser Entscheidung ist Kohler[1]) entgegengetreten. Zwar stimmt er bezl. der Immobilien mit der ausgeführten Auffassung überein, bei Mobilien verlangt er dagegen Zustimmung des Verpfänders oder Ausschluß jeglicher Gefahr der Verbringung des Pfandes; denn, sagt er, wenn nach römischem Rechte die Veräußerung einer speziell verpfändeten Sache ein furtum gewesen sei (l 19 § 6, l 61 § 8, l 66 pr. D. 47,2), so könne hieraus geschlossen werden, daß auch eine Übertragung des Besitzes an einen Dritten ohne Wissen des Verpfänders verboten gewesen sei; vor allem sei dies schon deswegen anzunehmen, weil sonst die Möglichkeit nicht ausgeschlossen gewesen sei, daß die Pfandsache eine Reise durch aller Herren Länder hätte antreten können.

Zur Ansicht Kohlers bezl. des furtum ist zu bemerken, daß die Quellen nichts darüber besagen, daß die Besitzübertragung seitens des Pfandgläubigers ohne Wissen des Verpfänders ein furtum sei. Wenn Kohler aus diesem Schweigen den Schluß zieht, daß das römische Recht in einer derartigen Hingabe ein furtum erblickt habe, so läßt sich mit demselben Rechte ein entgegengesetzter Schluß aus einer solchen Nichterwähnung ziehen. Hinzu kommt noch, daß die Gleichstellung des Pfandgläubigers mit dem Eigentümer nicht zu billigen ist. Denn verkauft dieser

[1]) a. a. O. S. 193 f.

eine Sache, welche er verpfändet und an welcher er damit dem Pfandgläubiger das Recht zugestanden hat, sie im Falle der Nichtbefriedigung zu veräußern, so schließt er im allgemeinen den Kauf nur ab lucri faciendi causa, nur um den Kaufpreis für sich zu behalten und bei eintretender Insolvenz die Last der Zahlung auf die Schultern des Käufers abzuwälzen[1]. Der Pfandgläubiger dagegen macht bei der Cession einer Forderung nur von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch, erzielt infolgedessen auch keinen rechtswidrigen Gewinn; er erlangt überhaupt keinen Vermögensvorteil, wenn er gleichzeitig das Pfand herausgiebt; ihm fehlt auch der animus lucri faciendi, und nichts liegt ihm ferner, als den Verpfänder in ungesetzlicher Weise zu schädigen. Zudem geht die Unrichtigkeit der Kohlerschen Ansicht aus der l 31 D 3,5 hervor: Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse: ob eas res iudicio mandati frustra convenitur et ipse debitorem conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fideiussor videtur. Creditor ob id factum ad restituendam iudicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse non tenebitur. Ein Bürge hatte aus Unkenntnis dem Gläubiger neben seiner eigenen Schuld auch die aus einem zwischen dem Gläubiger und einem Dritten geschlossenen Contrakte bezahlt und für diese bestellten Pfänder erhalten. Und die Entscheidung: der Gläubiger kann nicht mit der betreffenden Pfandklage auf Zurückerstattung verklagt werden, weil er sein Recht verkauft zu haben scheine. Von einer im Forderungsnexus stehenden Person ist hier überhaupt nicht die Rede, wie Kohler a. a. O. S. 194 behauptet; denn der Bürge stand bezl. der zweiten Forderung durchaus nicht in vertraglichen Beziehungen zu dem Schuldner. Auch macht Papinian keinen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien, da ja seine Entscheidung ganz allgemein dahin geht, daß der Gläubiger wegen der Herausgabe des Pfandes nicht hafte. Es ist dabei auch ohne Bedeutung, in welchem Verhältnis der Bürge zum Hauptschuldner oder dem Verpfänder steht, es hat der Gläubiger grundsätzlich das Pfand herauszugeben. Nur wenn der Bürge sich donandi animo gegenüber dem Hauptschuldner oder dem Verpfänder verbürgt hat, erlischt dem ersteren gegenüber das Pfandrecht, während zu Gunsten des Verpfänders ein bedingter Verzicht vorliegt, der dem Gläubiger gegenüber mit der Mitteilung wirksam wird.

[1]) Schroeder, Die Wirkung der Cession S. 48.

Wir haben hier somit die eigentümliche Erscheinung, daß der Pfandgläubiger einseitig einer ihm auferlegten Verpflichtung nicht nachzukommen braucht, ohne hierdurch seinerseits für die Nichterfüllung des Vertrages einzustehen. Hiermit ist er aber nicht von den übrigen Verpflichtungen befreit, nur der Restitutionspflicht ist er enthoben, die actio pigneraticia directa steht dem Verpfänder noch in jeder anderen Hinsicht zu.

Von dieser Auffassung weicht das B. G. B. im allgemeinen nicht ab. Nach dem § 1251,1 kann der Bürge als neuer Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen und tritt mit Erlangung des Besitzes in die mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen ein.

Jedoch haftet der Gläubiger, weil es sich hier um einen Legalübergang handelt, für die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen nicht wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. (§ 1251 Abs. 2 S. 3). Das bedeutet aber nicht etwa, daß der Gläubiger doch noch dem Verpfänder gegenüber haftet für die Nichterfüllung seiner Verpflichtung aus dem Bestellungsvertrag, sondern die Vorschrift besagt, daß der Gläubiger von jeglicher Verpflichtung frei wird[1]. Hat er freilich vor dem Übergang Verpflichtungen verletzt, bleibt er dem Verpfänder haftbar[2].

§ 6. Einem etwaigen Verlangen des Bürgen, das Pfandrecht abzutreten resp. das Pfand herauszugeben, braucht der Gläubiger doch nicht immer zu entsprechen, nämlich dann nicht, quum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum ex solvatur (l 2 C 8,40).

So kann der Gläubiger, wenn er aus einem anderen Grunde ein Recht an dem Pfandgegenstande hat, die Herausgabe verweigern. Befriedigt aber der Bürge den Gläubiger auch noch wegen der zweiten Forderung, so kann dieser keinen Nachteil erleiden und muß daher auf Verlangen des Bürgen das Pfand herausgeben. Zweifellos haben die Kaiser der Billigkeitserwägung Raum gegeben, den Gläubiger vor Nachteil zu behüten, der ihn beim Fehlen einer solchen Bestimmung in seiner rechtlichen Stellung und an seinem Vermögen treffen konnte. Wenngleich der Bürge ein Recht auf Abtretung des Pfandes hat, so sind doch die Interessen des Gläubigers denjenigen des Bürgen solange vorzuziehen, als eine Verschlimmerung der Lage des Gläubigers eintreten kann, also

[1]) Vergl. H. G. B. § 370[2].

[2]) Vergl. Dernburg, Bürgerliches Recht III S. 764: Matthiaß, a. a. O. II S. 170 B; Cosack, a. a. O. II 1 S. 298; Endemann, a. a. O. II 1 S. 561.

bis omne debitum solutum est. Dies ist die ratio legis, die im übrigen nur eine Entscheidung im Einzelfalle giebt.

Bis zur Bezahlung des omne debitum ist also der Herausgabeanspruch des Bürgen nicht absolut durchführbar.

Was umfaßt nun das omne debitum im einzelnen? Bei Beantwortung dieser Frage können wir 3 Fälle von einander trennen. Der Bürge hat sich nur für einen Teil der Forderung verbürgt resp. nur für eine Forderung, während das Pfandrecht auch für den anderen Teil der Forderung resp. auch für die zweite Forderung bestellt ist. Unter diesen Verhältnissen ist der Gläubiger nicht verpflichtet, das Pfandrecht abzutreten, es sei denn, daß der Bürge den Rest der Forderung resp. die zweite Forderung bezahlen würde. Erst von diesem Augenblicke an hat er einen wirksamen Anspruch, denn erst dann ist das omne debitum gezahlt [1]. Dieselbe Regel greift auch im B. G. B. Platz, da die Forderung und somit auch das Pfandrecht nur soweit auf den Bürgen übergeht, als er den Gläubiger befriedigt, sodaß dem Gläubiger für seine Restforderung das Pfandrecht verbleibt. Würde diese Regel allein gelten, so würde bzl. des Rechtes auf den Pfandbesitz eine Rechtsgemeinschaft eintreten. Es würden, da das Pfandrecht des Bürgen ein Teil des Pfandrechtes des Gläubigers ist, dieses aber durch einen Akt zur Entstehung gekommen ist, die beiden Teilpfandrechte gleichen Rang haben, so daß der Bürge das Verkaufsrecht haben würde und somit, falls seine Teilforderung früher fällig würde als die Restforderung des Gläubigers, die Herausgabe des Pfandes würde verlangen dürfen. Hier greift aber die weitere Bestimmung des § 774 ein, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Damit ist der Gläubiger im Verhältnis zum Bürgen vorstehender Gläubiger, und als solcher dem Bürgen als nachstehender Pfandgläubiger nicht verpflichtet das Pfand herauszugeben, auch nicht zum Zwecke des Verkaufes, und selbst wenn die Restforderung noch nicht fällig geworden ist. Gleiches gilt auch für den Fall, daß ein Mitbürge [2], der auf eine geringere Summe als die übrigen Mitglieder haftet, den Gläubiger befriedigt, und die übrigen Pfänder bestellt hat. Dann hat der dem Gläubiger verbleibende Teil der Forderung mit den Pfandrechten den Vorrang vor dem Rechte des Mitbürgen. Ist der vorstehende Pfandgläubiger nicht im Besitze der Sache, sondern ein Dritter, so kann er, falls er selbst nicht das Pfand verkaufen will oder kann, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger, also durch den

[1]) Vergl. Girtanner, a. a. O. S. 534; Hasenbalg, a. a. O. S. 455; R. G. a. a. O. III S. 183ff.

[2]) Zeitschrift für französisches Civilrecht XXXI S. 173.

Bürgen nicht widersprechen, sondern nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen[1]). Hier würde der Bürge also berechtigt sein, von dem Dritten das Pfand herauszuverlangen.[2])

Der andere Fall. Der Gläubiger hat zwei Forderungen an den Hauptschuldner, und es sind ihm für jede Forderung an derselben Sache zwei, also verschiedene Pfandrechte bestellt, und der Bürge hat sich nur für eine Forderung verpflichtet. Ist nun das Pfandrecht, welches für die auch durch die Bürgschaft gesicherte Forderung bestellt ist, das bessere, so liegt der Schaden klar zu Tage, welchen bei einer Abtretung des Pfandrechtes der Gläubiger erleiden würde. Denn wäre der Gläubiger dem Bürgen zur Herausgabe des Pfandes verpflichtet der als vorstehender Pfandgläubiger dieses Verlangen an ihn zu stellen berechtigt wäre[3]) , so wäre ein Nachteil des Gläubigers bei Insolvenz des Schuldners unausbleiblich, da der Bürge sicherlich von dem ihm als dem besseren Pfandgläubiger zustehenden Verkaufsrechte Gebrauch machen würde. Ist das Pfandrecht für die Forderung, auf welche sich die Bürgschaft nicht bezieht, das stärkere, so ist er zur Abtretung dieses Pfandrechtes verpflichtet, nicht jedoch zur Herausgabe des Pfandes. Davor bewahrt ihn ja gerade das bessere Pfandrecht, wie wir soeben gesehen.

Für das heutige Recht sind dieselben Regeln in Anwendung zu bringen, wie wir sie für den ersten Fall ausgeführt haben[4]) (Satz 2 des § 774 Abs. 1). Der letzte Fall ist folgender: der das Pfand besitzende Gläubiger hat außer der durch Pfand und Bürgschaft gesicherten einen nicht derartig sicher gestellten Anspruch auf den Hauptschuldner. Durch das Reskriptum Gordians (l. un. C. 8,26) steht fest, daß der Gläubiger, wenngleich die Pfandforderung getilgt ist, gegenüber dem zurückfordernden Schuldner die Pfandsache solange retinieren darf, als die nicht gesicherte Forderung noch nicht getilgt ist. Müßte der Gläubiger dem Verlangen des Bürgen auf Abtretung des Pfandrechtes resp. auf Herausgabe des Pfandes entsprechen, so könnte er von diesem Rententionsrechte dem Hauptschuldner gegenüber keinen Gebrauch mehr machen. Zur Befriedigung seines nicht gedeckten Anspruches wäre der Gläubiger dann auf das Zahlenwollen oder das Zahlenkönnen des Schuldners angewiesen. Da wir nun als Regelfall bei einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen Zah-

---

[1]) Vergl. Dernburg, Das Bürgerl. Recht III S. 755 und §§ 1232, S. 2, 1247.

[2]) Da die Collisionsklausel auch Geltung für das Hypothekenrecht hat, hat die dem Gläubiger verbleibende Teilpost einen gesetzlichen Rangvorzug vor der des Bürgen. (Vergl. §§ 1143, 1164, 1174, 1173 und 1182).

[3]) l. 12 pr. D. 8,19.

[4]) Vergl. Scherer, a. a. O. S. 1110 z. § 773,3.

lungsunfähigkeit des Hauptschuldners annehmen können, so würde auch hier sich der Gläubiger im Nachteil befinden. Der Bürge kann, da ein Nachteil des Gläubigers nicht im Sinne des Gesetzgebers liegt, den Gläubiger demzufolge zur Herausgabe nur zwingen, wenn er ihn auch wegen der anderen Forderung bezahlt. Zwar erlangt der Gläubiger durch die Zahlung insofern einen Vorteil, als er nun nicht mehr auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners angewiesen und ein eventl. Untergang der Sache ihm nicht mehr gefahrdrohend ist; jedoch gibt es in solchen Lagen nur einen Weg, um den Gläubiger vor Schaden zu behüten, als die Zahlung, und diese kann er gemäß l. 2 C. h. t. verlangen.[1])

Dem B. G. B. ist das pignus Gordianum unbekannt. Unentbehrliches Begriffsmerkmal des Zurückbehaltungsrechtes ist nämlich die Konnexität, und Ausnahmen hat das Gesetzbuch nirgends zugelassen, während das römische Recht gerade als Ausnahme das pignus Gordianum eingeführt hat[2]. Dementsprechend würde im heutigen Recht für diesen Fall der Bürge[3]) einen wirksamen Anspruch gegen den Gläubiger auf Herausgabe des Pfandes haben.

Hat vollends ein Dritter das Pfand bestellt, so steht dem Gläubiger schon im römischen Recht kein Retentionsrecht zu, so daß der Bürge hier stets mit Erfolg den Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache geltend machen könnte.

§ 7. Es bleibt noch übrig, die Frage einer näheren Prüfung zu unterziehen, ob der Bürge nur berechtigt ist, sich *bei* der Zahlung die Pfänder herausgeben zu lassen, oder ob ihm dieser Anspruch auch noch *nach* der Zahlung zusteht. Maßgebend hierfür ist im allgemeinen, ob das Pfandrecht bei der Zahlung auf ihn übergegangen ist. Ist dies der Fall, kann der Bürge auch noch nach der Zahlung den Pfandrechtsanspruch wirksam geltend machen; erst die Verjährung bildet ein Hindernis. Hat der Bürge die Forderung erworben, so ist er auch Pfandgläubiger geworden. Ob nun der Bürge Forderungsgläubiger wird, das entscheidet, wie wir sahen, er allein. Erklärt er bei der Zahlung, die Forderung erwerben zu wollen, geht mit der Zahlung dieses Recht auf ihn über. Aber auch die Thatsache genügt, daß er seinem Willen, das Pfandrecht zu erwerben Ausdruck verliehen hat; denn mit dieser Willensäußerung hat er stillschweigend die Erklärung abgegeben, auch die Hauptforderung zu erwerben, durch welche allein das Pfandrecht seine Existenz bewahren kann, und ohne welche es seine Existenzberechtigung verloren hat. So unstreitig diese Aus

[1]) Girtanner, a. a. O. S. 534. Goldschmidt, a. a. O. Bd. 14 S. 417. Hasenbalg, a a. O. S. 456.

[2]) Vergl. jedoch § 369 H. G. B.

[3]) S. Crome, a. a. O. S. 546 Anm. 5.

führungen in der gemeinrechtlichen Litteratur waren, so bestritten war es, ob die Cession auch noch nach der Zahlung möglich sei, wenn der Bürge ohne Vorbehalt der cessio actionum geleistet habe. Hervorgerufen wurde der Streit durch den Widerspruch von zwei Stellen, der l. 76 D. 46,3 und der l. 36 D. 46,1.

In der ersten Stelle entscheidet sich der Jurist dahin, daß nach der vorbehaltlosen Zahlung eine Abtretung nicht mehr möglich sei, weil durch die Zahlung die Forderung getilgt sei, und wenn eine Forderung nicht mehr existiere, könne sie auch nicht mehr abgetreten werden. Im Wiederspruch hiermit erklärt Paulus in der zweiten Stelle, daß auch noch nach der Zahlung die Abtretung verlangt werden könne, weil der Bürge nicht solvendi, sondern emendi animo geleistet habe, hierfür solle stets eine praesumptio iuris sprechen. Placentinus[1], Mühlenbruch[2] und andere nehmen an, daß Paulus denselben Fall behandele, der Modestinus vorgeschwebt habe, nämlich daß der solutio ein pactum de cedendo voraufgegangen sei. Andere[3] verwerfen diesen Erklärungsversuch, weil etwas in die Stelle hinein interpretiert werde, was sie nicht enthalte; sicherlich würde der Jurist hervorgehoben haben, daß das pactum de cedendo von entscheidendem Einflusse gewesen sei. Der Vorbehalt der nachfolgenden Cession sei nur bei prinzipalen Korrealschuldnern, wie bei Mitvormündern anzunehmen, von denen Modestinus allein spreche. Die Bürgschaftsschuld, eine accessorische Schuld, habe einen ganz anderen Leistungsinhalt als die Hauptschuld, und wenn der Bürge zahle, sei zu vermuten, daß er nicht eine fremde Schuld bezahle.

Auch diese Erklärung kann nicht befriedigen. Denn ebenso, wie durch die Leistung eines Mitvormundes das Forderungsrecht des Gläubigers erlischt, ebenso führt die Erfüllung der fideiussoria obligatio die Befreiung des Hauptschuldners herbei. Auch kann der Hauptschuldner, falls er noch belangt werden sollte, dem Gläubiger gegenüber sich auf die Leistung des Bürgen berufen. Außerdem hindert nichts, den animus emendi auch dem Mitvormund zu unterstellen, und Wesensgleichheit liegt in beiden Fällen vor.

Hasenbalg[4] sucht den Gegensatz zwischen beiden Stellen dadurch zu erklären, daß in der l. 76 die anfängliche Keime des Rechtes auf Klageabtretung enthalten seien, es sei hier die Grundlage des Institutes nachgewiesen, die Umwandlung der Zahlung

[1]) Summa codicis h. t.
[2]) a. a. O. S. 446.
[3]) Girtanner, a. a. O. S. 218. Hasenbalg, a. a. O. S. 414. Keil, a. a. O. S. 14. Geib, a. a. O. S. 75,3.
[4]) a. a. O. S. 417.

in den Kaufpreis. Die l. 76 selbst bedeute schon einen Fortschritt, es sei hinreichend wenn die Abtretung vor der Zahlung vereinbart sei. Paulus habe nur den letzten und entscheidenden Schritt auf dieser Entwicklungsbahn gethan, indem er die Zulässigkeit der Cession auch dann annehme, wenn die Parteien über die Abtretung vor der Zahlung überhaupt nicht verhandelt hätten[1]. Es ist aber immer zu bedenken, daß Paulus und Modestinus Zeitgenossen gewesen sind. Jedoch wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich gerade zu ihrer Zeit diese Entwickelung vollzogen hat. Da somit die Möglichkeit vorliegt, die Hauptforderung des Gläubigers auch noch nach vorbehaltloser Zahlung abzutreten, können auch die Pfandrechte noch nachher auf den Bürgen übergehen, sodaß der Bürge nicht allein bei der Zahlung sondern auch nach der Zahlung die Herausgabe der Pfänder verlangen kann. Diese Frage bedarf für das B. G. B. mit Rücksicht auf den § 774 keiner weiteren Erörterung.

III.

§ 8. Wir kommen zum zweiten Teile unserer Arbeit, zu der Frage, ob der Bürge auch verpflichtet ist, das ihm mit dem Pfandrechte zugefallene ius possidendi zu verwirklichen. Im allgemeinen kann man sagen, daß der Bürge nicht ohne weiteres dazu übergehen muß, die Herausgabe zu verlangen, daß ihn zunächst wohl sein Interesse dazu veranlassen wird, widrigenfalls für ihn der Satz gilt: volenti non fit iniuria. Jedenfalls besteht keine gesetzliche Bestimmung, die ihn zur Geltendmachung des Herausgabeanspruches verpflichtet. Doch gibt es Rechtsverhältnisse, die dem Bürgen die Pflicht auferlegen, die Herausgabe der Pfänder zu fordern.

Von den Personen, denen gegenüber der Bürge als Cessionar verpflichtet sein könnte zur Herausforderung der Pfänder, kommt als erste in Betracht: Der Pfandgläubiger als Cedent. Dadurch, daß der Bürge den Gläubiger befriedigt, ohne zu erklären, daß die Befriedigung von seiner Seite ohne den animus acquirendi erfolge, giebt er zwar die stillschweigende Willenserklärung ab, daß er auch den Anspruch auf Herausgabe erheben werde. Jedenfalls kann der Gläubiger in diesem Falle eine solche Absicht des Bürgen annehmen. Aber diese Annahme hat keinen rechtlichen Hintergrund. Zwar könnte man für das gemeine Recht[2] einwenden, daß der Bürge emendi animo gezahlt, infolgedessen die

[1] Vergl. R. E. XVIII 240ff; Seufferts Archiv VII No. 313, XVII No. 40. Im Gegensatz hierzu XII No. 117.

[2] Wir nehmen bei der Frage nach der Verpflichtung im allgemeinen auf das gemeine Recht nur insoweit Bezug, als sich Abweichungen gegenüber dem B. G. B. ergeben.

Stellung eines Käufers habe und damit verpflichtet sei, die ihm vom Pfandgläubiger gebotene Sache anzunehmen, falls das Interesse des Schuldners, also hier des Pfandgläubigers, es erheische. (l. 9 D. 19,1.) Jedoch ist dieser Einwand unbegründet, weil die Konstruktion im einzelnen Falle nur den Forderungsübergang rechtfertigen, auf die Stellung der beiden Parteien aber keinen Einfluß ausüben soll.

Aber andererseits ist zu beachten, daß dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, nach Belieben des Bürgen die Pfänder zu besitzen. An und für sich ist der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nur berechtigt. Durch die Abtretung des Pfandrechtes seitens des Gläubigers wird der Gläubiger dem Bürgen aber auch verpflichtet, nämlich verpflichtet, ihm die Pfänder herauszugeben. Macht der Bürge nun von dem Herausgabeanspruch keinen Gebrauch, kann der Gläubiger ihm in einer den Gläubigerzug des Bürgen begründenden Weise die Pfänder anbieten und den Gegenstand des Pfandrechtes, wenn er eine Sache ist, bei einer Hinterlegungsstelle hinterlegen eventl. verkaufen oder sogar preisgeben. Hat der Gläubiger aber ein Interesse an der Annahme seitens des Bürgen, so kann er gegen den Bürgen, als Gläubiger auf Annahme der Leistung klagen[1]. Hier wäre dann der Bürge dem Gläubiger gegenüber zur Abnahme verpflichtet. Wenn Gegenstand der Forderung ein Recht ist, stehen ihm diese Befugnisse nicht zu. Hier hilft ihm das Verjährungsinstitut. Denn – wie wir S. 26 sehen werden – ist schon vor der Zahlung der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht zur Diligenz bezl. seiner Rechte verpflichtet, so ist er noch viel weniger nach der Zahlung in dieser Hinsicht dem Bürgen verbunden. Liegt ein Interesse des Gläubigers an der Abnahme überhaupt nicht vor, so kann er vom Bürgen erst recht nicht verlangen, sein Recht auszuüben, um etwa ihn vor Schaden zu behüten, denn ius civile vigilantibus scriptum est.

Im B. G. B. ist der Bürge dem Gläubiger ebenfalls nicht zur Abnahme verpflichtet. Nur eine besondere Vereinbarung würde den Bürgen zur Abnahme mit voller Wirksamkeit verpflichten.

Auch Mitbürgen gegenüber würde der Bürge nur in diesem Falle mit diesem Umfange verpflichtet sein, die Herausgabe geltend zu machen. Eigenes Interesse würde ihn wohl veranlassen, sein Pfandrecht zu verwirklichen, weil sonst der Mitbürge sich auf das ihm gegen den Gläubiger aus dem § 776 B. G. B. zustehende Recht gemäß dem § 404 B. G. B. berufen könnte.

§ 9. Im Anschluß hieran erledigen wir die Frage, ob dem Bürgen eine solche Verpflichtung in seinem Verhältnis zu Rück-

[1] l. 9 D. 19,1.

bürgen obliegt. Da zur Beurteilung dieses Verhältnisses die Grundsätze über die gewöhnliche Bürgschaft in Anwendung kommen,[1] so haben wir zu untersuchen, ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zur diligentia bezl. seiner Ansprüche verpflichtet ist. In den Quellen finden wir eine solche Verpflichtung bei dem mandatum qualificatum (l. 27 § 5, l. 28 D. 17,1; l. 9 § 11 D. 46,3). Aber hier ist sie in der Natur des Mandatsverhältnisses begründet. Bei der Bürgschaft (fideiussio) dagegen sehen wir auf der einen Seite nur Verpflichtungen, auf der anderen nur Berechtigungen. Zwar kann der Bürge vermittelst der Einrede der Klageabtretung den Gläubiger zur Cession seiner Ansprüche zwingen, hieraus aber den Schluß ziehen, daß den Gläubiger eine Diligenzpflicht treffe, geht doch wohl nicht an. Seit der Nov. 4 hat sich diese Lage etwas verschoben. Durch die Novelle bekommt der Bürge das Recht, vom Gläubiger zu verlangen, daß dieser sich behufs Befriedigung zunächst an den Hauptschuldner halte, und daß er nur soviel von ihm eintreibe, als er der Gläubiger von diesem nicht erlangt habe. Hat er durch eigne Schuld vom Hauptschuldner nichts bekommen, hat er sich selbst um seinen Anspruch wider den Bürgen gebracht. Und weil ihm dieser Nachteil droht, wenn er die Vermögenslage des Hauptschuldners nicht aufmerksam verfolgt, deswegen ist er insofern zur Beobachtung einer gewissen Sorgfalt verpflichtet. Jedoch zeigt diese Verpflichtung nicht den gewöhnlichen Inhalt einer Verpflichtung; denn der Gläubiger kann vom Bürgen nicht im Klagewege zur Erhaltung seiner Ansprüche gezwungen werden, und der Bürge kann sich nur, wenn er belangt wird, auf das beneficium berufen. Diese Verpflichtung zur Sorglichkeit entsteht sofort mit der Begründung der Bürgschaft, befindet sich jedoch zunächst im Zustand der Ruhe, ihre rechtliche Bedeutung tritt erst hervor, wenn sich der Bürge auf das beneficium beruft. Besonders dann erlangt sie Wirksamkeit, wie schon dargethan, wenn der Gläubiger nicht auf die Realisierbarkeit „aller" ihm zustehenden Ansprüche bedacht gewesen ist. Wir betonen das Wort „aller", weil Novelle 4 keinen Unterschied macht zwischen Haupt und Nebenansprüchen. Es ist daher das Pfandrecht in den Kreis dieser Diligenzverpflichtung zu ziehen. (Vergl. zu allem Hasenbalg S. 557 ff.)

Hier interessiert übrigens die Unterscheidung zwischen Pfandrechten, die vom Hauptschuldner und solchen, die vom Dritten bestellt sind, und im ersteren Falle, ob der Schuldner noch im Besitze des Pfandes ist oder ein Dritter.

Wenn der Gläubiger die ihm im eigenen Interesse obliegende

[1]) R. G. XVIII S. 237; Matthiaß, a. a. O. S. 646 Anm. 2; Dernburg, Das bürgerliche Recht II,2 S. 357.

Verpflichtung zur Realisierung des Pfandrechtes erfüllt, so wird hierdurch der Hauptanspruch entsprechend erledigt. Infolgedessen könnte es wohl den Anschein gewinnen, als ob die Verpflichtungen bezl. der Erhaltung des Hauptanspruches und des Nebenanspruches dieselben seien. Dies ist jedoch deshalb nicht der Fall, weil die beiden Verbindlichkeiten ihrer Natur nach nicht übereinstimmen. Ist dem Gläubiger nämlich die Geltendmachung des Hauptanspruches unmöglich geworden, so kann er niemals vom Hauptschuldner Befriedigung erhoffen und deswegen verletzt er seine Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen unzweifelhaft, sobald nur ein Schuldner vorhanden ist. Giebt aber der Gläubiger ein vom Hauptschuldner bestelltes Pfand auf, so gestaltet er seine Lage zwar insofern ungünstiger, als er von diesem Sicherungsmittel keinen Gebrauch mehr machen kann; den Hauptanspruch verliert er aber dadurch nicht. Zudem ist die Möglichkeit noch vorhanden, daß der Schuldner in derselben Weise erfüllt, wie er beim Vorhandensein des Pfandrechtes überhaupt hätte erfüllen können. Tritt eine Gefährdung der Interessen des Bürgen nicht ein, so kann ihm das Sein oder Nichtsein des Pfandrechtes nicht irrelevant sein. Es giebt also keine absolute Diligenzverpflichtung des Gläubigers, es muß vielmehr hinzukommen, daß der Gläubiger dadurch, daß er die Befriedigung durch den Schuldner unmöglich machte, die Interessen des Bürgen gefährdete. Wenn dagegen der Gläubiger infolge Aufgabe des Pfandrechtes die Hauptschuld nicht beitreiben kann, so wird ein sich hierauf stützender Vorwurf immer begründet sein, sobald er erkennen konnte und mußte, daß des Bürgen Lage dadurch gefährdet würde, ja, selbst wenn er sich in dem Glauben, seine Lage sei gesichert, geirrt hat, und seine Ansicht den Umständen nach berechtigt war[1]. Ergiebt sich dann später die Unrichtigkeit jener Ansicht, so ist ein Vorwurf stets berechtigt. Denn dadurch, daß der Gläubiger das Pfandrecht aufgiebt, gefährdet er zweifelsohne die Realisierbarkeit seines Anspruches. Denn wenn auch alle Anzeichen dafür sprachen, daß trotz Aufgabe des Nebenrechtes die Realisierung des Hauptanspruches unzweifelhaft sein werde, so war doch der Eintritt der Gefährdung möglich, und mit dieser Möglichkeit hatte er zu rechnen. Auch das R. G. sagt,[2] daß der Gläubiger zur sorglichen Bewahrung der Klagerechte, welche er hat, für verpflichtet zu erachten sei. Er hat dafür einzustehen, daß ihm diese Ansprüche nicht verloren gehen.

Darf nun der Gläubiger von seinem Standpunkt aus das Pfandrecht ohne Befriedigung nicht beendigen, so darf er gleich-

[1]) Vergl. Windscheid, a. a. O. S. 1026. Dangerow, a. a. O. III § 578,4.

[2]) R. E. Bd. XVIII S. 237 im Gegensatz zum Obertribunal von Stuttgart Bd. VII No. 311.

falls nicht dulden, daß dasselbe auf andere Weise zerstört werde, soweit ihm die Verhinderung der Vernichtung möglich ist. In der Verpflichtung, das Pfandrecht zur Durchführung seines Anspruches vor der Zerstörung zu bewahren, liegt zugleich die Pflicht, das Pfandrecht nach Möglichkeit zu erhalten. Ist er aber verantwortlich für die Erhaltung des Pfandrechtes, so ist er auch dem Bürgen gegenüber in dem angegebenen Sinne verpflichtet, das Pfandrecht geltend zu machen, sobald er annehmen kann, daß die spätere Durchführung seines Anspruches die Realisierbarkeit desselben gefährden würde [1]).

Die hier dargestellte Diligenzpflicht ändert sich, sobald sich das Pfand in den Händen Dritter befindet. Diese können auf Grund der Nov. 4 Cap. 2 vom Gläubiger verlangen, daß er erst den Schuldner und dessen Bürgen belange. Daher kann denn auch der Gläubiger durch seine Handlungsweise die Interessen des Bürgen nicht gefährden: denn dieser ist ja verpflichtet, schon vorher den Gläubiger zu befriedigen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß der dritte Pfandbesitzer von der ihm zustehenden Einrede keinen Gebrauch macht: es ist immerhin möglich, daß der dritte Besitzer den Gläubiger befriedigt, ohne die Einrede vorzuschützen. Diese Möglichkeit wird durch eine Aufgabe des Pfandrechtes seitens des Gläubigers beseitigt, und kann man hierin wohl eine unzulässige Gefährdung berechtigter Interessen des Bürgen erblicken: jedoch ist zu bedenken, daß der Gläubiger das Recht hat, den Bürgen als ersten zu belangen, und der dritte Besitzer berechtigt ist, einen etwaigen Angriff auf ihn zurückzuweisen. Giebt der Bürge das Pfand auf, so erklärt er dadurch, daß er sich jedenfalls an den Bürgen halten werde, und kann dieser eine andere Behandlungsweise vom Gläubiger nicht verlangen.

Fällt schon die Pflicht des Gläubigers fort, das ihm bestellte Pfandrecht zu bewahren, sobald ein Dritter Besitzer des Pfandes ist, so ist der Gläubiger noch weniger zur Diligenz verpflichtet bezl. der von Dritten bestellten Pfänder. Die Novelle 4 behandelt nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, nur aus diesem Verhältnis ist die Einrede der Vorausklage und damit die Diligenzpflicht des Gläubigers entstanden. Eine Berechtigung des Bürgen, den Gläubiger auf das von Dritten bestellte Pfand zu verweisen, ist nirgends erwähnt, und somit der Gläubiger auch nicht verpflichtet, das betreffende Pfandrecht zu erhalten.

In dem Maße, in welchem dem Gläubiger die Pflicht auferlegt ist, die Bonität des Pfandrechtes zu erhalten, in dem Maße

[1]) Hasenbalg, a. a. O. S. 572. Girtanner, a. a. O. S. 489 Vetter, a. a. O. S. 33.

ist auch der Bürge dem Rückbürgen gegenüber zur Diligenz verpflichtet. Insoweit nun auch eine Diligenzpflicht bzl. des Pfandrechtes besteht, so ist der Bürge doch nur verpflichtet, für die Realisierbarkeit des Pfandrechtes zu sorgen, nicht aber, dasselbe auszuüben. Wollte man ihm eine solche Pflicht auflegen, so müßte man dem Rückbürgen auch das Recht geben, vom Bürgen zu verlangen, „daß er bei einer etwaigen Weigerung des Gläubigers diesen im Proceßwege zur Abtretung von Ansprüchen zwinge.[1]) Stellt sich später die Unmöglichkeit heraus, das Pfandrecht mit Erfolg auszuüben, hat der Bürge selbst die Folgen zu tragen.

Dem Rückbürgen gegenüber kann somit eine Pflicht des Bürgen, sich die Pfänder herausgeben zu lassen, nicht konstruiert werden.

Bezl. dieser Frage hat sich die Rechtslage des Bürgen im B. G. B. verschlechtert. Es besteht für den Gläubiger keine allgemeine Diligenzpflicht, sodaß der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen kann, wenn er z. B. durch unbegründete Stundung vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangt hat.[2]) Es stellt nur im § 776 die positive Bestimmung auf, daß der Bürge insoweit frei wird von seiner Verbindlichkeit, als er aus einer vom Gläubiger aufgegebenen Sicherheit hätte Ersatz verlangen können entsprechend dem § 774. Ein allgemeines Princip läßt sich hieraus nicht herleiten, zumal „in keiner Weise angedeutet ist, daß sie als Ausdruck eines allgemeinen Princips gemeint sind." Auch der § 774 läßt eine Schlußfolgerung auf ein allgemeines Princip nicht zu, obgleich er bestimmt, daß der Bürge die Hauptforderung erwerben soll, wenn er den Gläubiger befriedigt. Ebenso kann auch der § 242 nicht aushelfen, weil nach diesem stets eine Verpflichtung zu einer Leistung bestehen muß, der Gläubiger, abgesehen von einer besonderen Vereinbarung, aber dem Bürgen gegenüber nur berechtigt ist. Jedoch ist der Bürge nicht vollständig der Willkür des Gläubigers überlassen. Er kann sich selbst helfen entweder durch Befriedigung des Gläubigers, dessen Forderung er damit erwirbt, oder als Beauftragter des Hauptschuldners oder dessen Geschäftsführer ohne Auftrag durch Geltendmachung des Anspruches auf Befreiung auf Grund des § 775.

Dementsprechend ist also auch im B. G. B. der Bürge dem Rückbürgen gegenüber nicht verpflichtet, sich das Pfand herausgeben zu lassen.

§ 10. Gehen wir nunmehr zu dem Regelfall der Bürgschaft über, dem Fall, wo der Bürge sich auf Grund eines Auftrages verbürgt hat, der ausdrücklich oder auch stillschweigend abgeschlossen

[1]) R. G. XVIII S. 239.
[2]) Siehe zu Folgendem besonders Planks Kommentar zum § 776.

werden kann. Letzteres trifft z. B. zu, wenn der Hauptschuldner duldet, daß sich jemand für seine Schuld verbürgt. (l. 6 § 2 D. 17,1; Plank, a. a. O. zum § 662).

Da für unsere Frage der Inhalt des Auftrages von großer Bedeutung ist, haben wir zunächst den Inhalt zu fixieren. Nach Hasenbalg (a. a. O. S. 695) enthält der Auftrag zur Bürgschaftsübernahme sowohl die Anweisung, die Schuld zu übernehmen, als auch sie zu erfüllen. Zwar geschehe zunächst die Übernahme, diese diene jedoch nur zur Vorbereitung der Tilgung der Hauptschuld. Die Übernahme selbst sei dem Gläubiger nichts wert, sie habe nur insofern für ihn Interesse, als sie ihm die demnächstige Befriedigung sichere. Deshalb sei bei der Bürgschaft das Wesentliche des Geschäftes, der übernommenen Verpflichtung nachzukommen, und damit das Wesentliche des erteilten und angenommenen Auftrages zur Übernahme der Bürgschaft, die betreffende Verpflichtung zu erfüllen.[1])

Diese Ansicht ist nicht richtig; Hasenbalg interpretiert zu viel in die Auftragsbürgschaft hinein. Denn der Auftrag seitens des Hauptschuldners geht nur dahin, die eine Bürgschaftsverbindlichkeit zu übernehmen. Dadurch, daß der Bürge dem Hauptschuldner verspricht, er werde dem Gläubiger versprechen, die Hauptschuld zu erfüllen, kommt der Auftrag zustande; darin liegt das Wesen des vom Bürgen angenommenen Auftrages. Die Bürgschaft bezweckt nur die Sicherung des Gläubigers durch die Übernahme der Verpflichtung, für die Schuld des Hauptschuldners einzustehen[2]). Deswegen hat der Bürge in dem Augenblick, wo er Bürge wird, den Auftrag schon ausgeführt[3]). Wäre die Ansicht von Hasenbalg richtig, so würde der Hauptschuldner eventl. berechtigt sein, auf Grund des § 662 gegen den Bürgen vorzugehen.[4]) Hat der Bürge somit durch Eingehen der Bürgschaftsverbindlichkeit den ihm gewordenen Auftrag ausgeführt, hat er damit das Geschäft besorgt, so ist er, zumal er aus dieser Geschäftsbesorgung nichts erlangt hat, von allen Verbindlichkeiten befreit, kann also auch dem Hauptschuldner gegenüber nicht verpflichtet sein, sich das Pfand herausgeben zu lassen. Nun kann aber auch der Auftrag dahin gehen, daß der Bürge dem Gläubiger nicht allein für die Schuld einstehen solle, sondern sie auch zu erfüllen habe. Dann steht zunächst soviel fest, daß der Bürge nicht eine fremde Schuld bezahlt — in diesem Falle würde, weil unmittelbare Stellvertretung anzunehmen wäre, der Hauptschuldner

[1]) Vergl. auch die Motive II S. 673.
[2]) Vergl. Plank, Vorbemerkungen zum 18. Titel unter Bürgschaft II.
[3]) Vergl. auch Girtanner, a. a. O. S. 529.
[4]) Vergl. zu dem Rothenberg in Gruchot's Beiträge 33 S. 364.

das dingliche Pfandrecht erwerben[1]) —, sondern seine eigene: die Bürgschaftsschuld. Er ist dann verpflichtet, alles, was er aus dieser Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Da er aber durch die Ausführung des Auftrages nur Rechte erworben hat, ist er nur verpflichtet, die Rechte abzutreten, somit also auch das Pfandrecht. Er ist demnach nicht verpflichtet, sich das Pfand herausgeben zu lassen. Wie weit nun der Auftrag geht, ist im einzelnen Fall zu prüfen. Im Zweifel muß man sich gegen den Auftraggeber entscheiden, weil dieser den Auftrag erteilt hat. Geht der Auftrag des Hauptschuldners dahin, daß der Bürge sich den Besitz des Pfandes verschaffen solle, ist er entsprechend verpflichtet (§ 667).

Nicht anders liegen die Verhältnisse, wenn sich der Bürge als Gesellschafter des Hauptschuldners verpflichtet hat. Maßgebend ist hier nur der Zweck, den beide verfolgen (§ 713).

§ 11. Das zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis kann schließlich Geschäftsführung ohne Auftrag sein. Hat sich der Bürge als Geschäftsführer verpflichtet, so ist er, soweit es thunlich ist, verpflichtet, dem Geschäftsherrn die Übernahme der Geschäftsführung anzuzeigen.

Welchen Inhalt das vom Geschäftsführer eingegangene Geschäft hat, hängt von dem Einzelfall ab. Es kann sein, daß das Geschäft sich in der einfachen Übernahme der Verbindlichkeit erschöpft. Das ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger dem Schuldner das Kapital nur geben oder belassen will, falls sich jemand verbürge. Hier ist wohl anzunehmen, daß der Bürge entsprechend dem § 677 B. G. B. gehandelt hat, und daß demgemäß weitere Verpflichtungen nicht bestehen, vor allem also nicht die Verpflichtung, sich die Pfänder herausgeben zu lassen. Im Zweifel aber muß man sich hier im Gegensatz zum Auftrag dahin entscheiden, daß in der einfachen Übernahme der Bürgschaftsschuld eine Geschäftsbesorgung des § 677 des B. G. B. nicht gefunden werden kann, daß der Bürge vielmehr hier verpflichtet ist, sich das Pfand herausgeben zu lassen; denn hier hat er sich zu bemühen, den Willen des Geschäftsherrn zu erforschen. Dieser Gesichtspunkt entfällt bei dem Auftrag, bei dem er sich an die ihm gewordenen Weisungen zu halten hat. Nur dann ist er berechtigt, von den Weisungen abzuweichen, wenn er den Umständen gemäß annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen werde. Also nur unter besonderen Verhältnissen besteht für ihn eine Erforschungspflicht des Willens des Geschäftsherrn, während bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ohne wei-

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 401 zum § 667. Staudinger, a. a. O. II S. 4162.

teres eine diesbezügliche Verpflichtung des Geschäftsführers besteht. Ein Irrtum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn schadet dabei nicht; es wird derjenige, der wirklich der Geschäftsherr war, verpflichtet.[1] (§ 686).

Der Bürge soll das Geschäft führen, wie das Interesse mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen. Was haben wir hier unter Interesse zu verstehen? Wird das Interesse verlangt, „welches nach den allgemeinen Anschauungen der bürgerlichen Interessen den sozialen Verhältnissen des Geschäftsherrn am meisten entspricht"?[2] Dann würde in folgendem Falle der Geschäftsführer z. B. berechtigt sein. A, dessen Haus einen Anstrich sehr notwendig hat, würde sein Haus sicher anstreichen lassen, wenn er die nötigen Mittel hätte. Er hat sich das wiederholt gesagt. Als er nach kurzer Reise zurückkehrt, findet er, daß sein guter Nachbar B in seiner Abwesenheit das Haus hat streichen lassen. Muß A die von B präsentierte Rechnung nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag bezahlen? Man muß diese Frage verneinen. Das „Interesse" muß hier in der engen Bedeutung genommen werden, muß aus den Intentionen des Geschäftsherrn selbst ermittelt werden. Die Geschäftsführung ohne Auftrag „ruht auf dem doppelten Grunde der Nützlichkeit im allgemeinen Interesse d. h. der wirtschaftlichen Vernünftigkeit, daß die Geschäfte Abwesender geführt werden und der Nützlichkeit für den Einzelnen, den Behinderten.[3] Und diesen Begriff „Interesse" haben wir unserer Arbeit zu Grunde zu legen. Verlangt das subjektive Interesse des Geschäftsherrn (Hauptschuldners), daß der Bürge sich die Pfänder herausgeben läßt, hat z. B. der Hauptschuldner die verpfändete Sache vermietet oder verkauft, so ist der Geschäftsführer (Bürge) verpflichtet, vom Gläubiger sich die Pfandsachen herausgeben zu lassen. Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn der Gläubiger einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht.

[1]) Staudinger, a. a. O. II S. 518.
[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht II S. 381.
[3]) Matthiaß, a. a. O. S. I 685.